



Construyendo un régimen internacional para la protección de la creatividad e innovación de los pueblos indígenas. Reflexiones políticas y jurídicas desde el Perú

JORGE CAILLAUX Z.*
MANUEL RUIZ M.*

Sumario: Introducción I. Antecedentes históricos del debate sobre la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas II. El convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) : un nuevo impulso a los debates. III. El nuevo contexto internacional: el Comité Intergubernamental de la OMPI y otros esfuerzos internacionales, regionales y nacionales IV. ¿Cómo construir un régimen internacional de protección? Los temas críticos de la discusión V. Elementos legales básicos de un régimen internacional de protección del conocimiento indígena VI. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Sólo en los últimos veinte años es que el Derecho ha empezado a prestarle atención al tema de la creatividad y la innovación de los pueblos indígenas como posible objeto de protección jurídica.¹ Los pueblos indígenas alrededor del mundo han sido materia obligada de estudio desde las ciencias sociales. La antropología, la sociología, la etnografía y la arqueología, han aportado a la comprensión de la historia y de las relaciones entre Estado, grupos sociales, empresa y comunidades a partir de las expresiones culturales, el

* Gran parte de las reflexiones y planteamientos propuestos en este ensayo son el resultado de experiencias particulares. Ante ello, el análisis no pretende ser exhaustivo aunque sí riguroso en cuanto a sus elementos conceptuales y propositivos. Las realidades indígenas de Asia, América, Europa y África varían considerablemente y, obviamente, lo que se propone no es aplicable a todos los casos ni a todas las realidades específicas. Las generalizaciones son siempre riesgosas y más aún si abordan temas referidos a los pueblos indígenas. No obstante, el desarrollo de un régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales requiere, en algún momento, de generalizaciones y abstracciones que permitan integrar en una norma internacional intereses diversos y particulares de manera coherente. Esperamos que este modesto esfuerzo académico contribuya a ese esfuerzo.

1 Para fines de este ensayo, se utiliza la definición de “pueblo indígena” derivada de la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y que básicamente incluye a grupos humanos que mantienen tradiciones y culturas vivas, en territorios rurales, por general aislados y marginados de la sociedad “moderna”. Se trata de pueblos que fueron conquistados por las expediciones de exploraciones de los siglos XV en adelante y que sufrieron la imposición territorial de los modernos Estados — Nación.

multilingüismo, la organización social, actividades económicas y, entre otros, el especial conocimiento que poseen los pueblos indígenas sobre los usos y propiedades de las plantas y los animales propios de su hábitat, lo que ha dado lugar a un sinnúmero de investigaciones y reflexiones que documentan las diferentes dimensiones de la vida e intereses de dichos pueblos indígenas.

Las investigaciones desarrolladas por la comunidad científica en general y por los centros de investigación biotecnológica en particular, a partir de los conocimientos indígenas asociados a la biodiversidad, se han recopilado y procesado para ser integrados a investigaciones de todo tipo en búsqueda de la creación de nuevas tecnologías lo que ha derivado en el registro de los variados usos y aplicaciones de estos conocimientos a plantas, animales, tratamiento de enfermedades humanas, técnicas agrícolas, manejo y gestión de ecosistemas incluyendo sus expresiones artísticas a través de la cerámica, el vestido y diseños, el folclore y muchas otras manifestaciones de la creatividad indígena. Todo ello se encuentra documentado en abundante literatura y en bases de datos producidos y mantenidos en una multiplicidad de instituciones, centros de información, jardines botánicos, bibliotecas, etc. En síntesis, buena parte de esta información se encuentra documentada y en el dominio público.²

No obstante, sólo recientemente se ha puesto en debate en la comunidad internacional los derechos de los pueblos indígenas relacionados con sus conocimientos, prácticas, invenciones y productos resultantes de su creatividad. Varios mitos relacionados con la incorporación de las manifestaciones de los pueblos indígenas al mercado y a la economía global, ha permitido el uso y aprovechamiento no autorizado de sus creaciones, entre los cuales destaca una percepción generalizada y propia del pensamiento de las instituciones de la sociedad moderna respecto a que los pueblos indígenas constituyen sociedades primitivas basadas en una tradición oral que se mantienen aisladas de la modernidad y cuyo conocimiento —de no ser “rescatado” y aprovechado por la sociedad moderna corre el peligro de perderse en perjuicio de la humanidad. Este y otros mitos del aislamiento indígena hoy comienzan a derrumbarse al ritmo de las demandas y exigencias de los líderes de los pueblos indígenas que exigen no sólo el respeto a sus derechos humanos sino también el reconocimiento económico de sus contribuciones al conocimiento y las tecnologías que hoy están en el mercado internacional.

A partir de la década del 90 al mismo tiempo que se reconocía el valor estratégico de la conservación de la diversidad biológica para la cultura, la ciencia y la tecnología y para el equilibrio ecológico del planeta, los países poseedores de los ecosistemas más ricos en

2 Desde las primeras crónicas de los españoles que arribaron al continente americano, pasando por las observaciones de los primeros botánicos y los apuntes de investigadores que trabajan directamente con el mundo de los “shamanes” o curanderos tradicionales y/o que interactúan con agricultores o campesinos, se ha acumulado mucha información en universidades, museos, jardines botánicos, centros de información e instituciones académicas. Solamente a modo referencial se sugiere entrar a <http://www.rbgekew.org> para conocer un ejemplo de base de datos con el tipo de información antes mencionada. Se trata de una Colección Etnobotánica con innumerables referencias e incluso objetos que son parte de la colección del Royal Kew Botanical Garden.

biodiversidad cuyos pueblos indígenas mantienen una relación directa y productiva con los mismos, comenzaron a exigir el respeto a dichos conocimientos y el reconocimiento de sus derechos. Por tratarse de conocimientos, prácticas y producciones de naturaleza distinta a los derechos que son objeto del sistema internacional de propiedad intelectual, no solamente por su carácter de conocimientos colectivos sino por el hecho de encontrarse en un estado surgió así un reto para juristas y políticos que consiste en diseñar un sistema de protección de los conocimientos tradicionales ad hoc, de carácter funcional y susceptible de ser aceptado por los propios pueblos indígenas y la economía internacional, signada hoy por el libre comercio y la globalización. En el centro del debate se instala la necesidad de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas y su cultura en el aparentemente irreversible proceso de integración al mundo globalizado, pueblos todavía condenados a sobrevivir en condiciones extremadamente adversas desde el punto de vista social, económico y ambiental.

En el contexto descrito, el Perú y los países andinos han aportado ideas y planteamientos y junto con muchos otros países denominados *megadiversos*³, viene promoviendo la adopción de un régimen internacional de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas. En este ensayo presentamos un balance de la situación y varias propuestas que seguramente serán objeto de debate en el país y a nivel internacional.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEBATE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las expresiones del folclor (pinturas, piezas musicales, danzas y artesanía en general) fueron las primeras en recibir atención internacional desde una perspectiva jurídica hacia finales de la década de los años 60. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), se inició un proceso para desarrollar un convenio internacional para la protección de las expresiones del folclor. La iniciativa coincidía con un creciente movimiento internacional por reivindicar derechos de los pueblos indígenas, especialmente desde Latino América. Como resultado de este impulso, en el año 2006 la UNESCO aprobó la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial⁴ que, de cierta manera conjugó esfuerzos políticos orientados a

3 Los países *megadiversos* concentran en sus territorios el 80% de la biodiversidad del planeta, incluyendo una diversidad de ecosistemas, especies silvestres y cultivadas y de recursos genéticos. Son países donde hay una concentración muy elevada de pueblos indígenas en cuyas tierras y territorios muchas veces se encuentra esta diversidad. Son considerados países megadiversos: Bolivia, Brasil, India, Colombia, Perú, China, Venezuela, México, Indonesia, Malasia, Filipinas, Kenya, Sudáfrica, Ecuador, Costa Rica y Madagascar. Hay otros países megadiversos pero los mencionados son parte del Grupo de Países Megadiversos Afines que se formó en Cancún, México en el año 2002 con el objeto de intervenir en las negociaciones internacionales relacionadas con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, entre otros objetivos afines (ver Declaración de Cancún de los Países Megadiversos Afines — disponible en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc80.htm>).

4 La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial se adoptó en el seno de la UNESCO el 17 de octubre del 2003 en la ciudad de París. El texto oficial de la Convención se encuentra en:

rescatar y valorar los aportes intelectuales y expresiones culturales de los grupos indígenas en particular.

Posteriormente, durante los años 80, surgió nuevamente una preocupación por el tema indígena y los Derechos del Agricultor, pero esta vez a partir de la controversia y discusiones suscitadas en el ámbito del Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) de 1983. Entre otras cuestiones, este instrumento internacional empezó a perfilar los debates alrededor del acceso, control y utilización de los recursos genéticos, especialmente en el campo de la agricultura. Incorporó también discusiones sobre el papel de la propiedad intelectual como promotora de la innovación biotecnológica y el de los pequeños agricultores en la conservación de los recursos fitogenéticos a partir de sus esfuerzos intelectuales, de mantenimiento y desarrollo.⁵

El concepto de Derechos del Agricultor⁶ y su eventual implementación a partir de una adecuada compensación económica a los agricultores, especialmente pequeños agricultores en países de origen y diversificación de estos recursos, significó retomar la reflexión jurídica sobre cómo proteger el esfuerzo y la creatividad de estos agricultores (incluyendo aquellos que forman parte de pueblos indígenas alrededor del mundo).

Es importante también destacar que la década de los años 80 significó una etapa de consolidación de la propiedad intelectual especialmente alrededor de las innovaciones desarrolladas a partir de biodiversidad e invenciones biotecnológicas. A partir de importantes decisiones judiciales en los EE.UU. de Norteamérica en estas materias y la incorporación de los derechos intelectuales a la agenda del Acuerdo General sobre Aranceles Aduanero y de Comercio (GATT), se gestaron movimientos que reclamaban similares consideraciones sobre ciertas formas de conocimiento y creatividad “no moderna” (la de los pueblos indígenas) pero igualmente importante en cuanto a su aporte al desarrollo cultural, social y económico de la humanidad en su conjunto.

Todo esto se reflejó de manera definitiva en las negociaciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) del año 1992. Originalmente concebido como un acuerdo internacional “verde” o conservacionista, impulsado por la preocupación científica de una

<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>

- 5 En la década de los años 80 ya se sentía la tensión entre el régimen de propiedad intelectual sui generis establecido por el denominado sistema UPOV— Unión Mundial para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas — que incluye los derechos del obtentor y la necesidad de mantener en el dominio público un respetuoso y saludable stock de recursos para el flujo libre e ininterrumpido de conocimientos para continuar los procesos de innovación y desarrollo propugnado por la FAO.
- 6 Los Derechos del Agricultor son derechos que se derivan de la contribución pasada, presente y futura de los pequeños agricultores — especialmente de centros de origen y diversificación — a la conservación y uso sostenible de recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación. El Tratado Internacional de la FAO prevé que estos Derechos deben materializarse en el ámbito nacional y que pueden implementarse a través de la protección de los conocimientos asociados a la agrobiodiversidad o mediante la distribución justa y equitativa de beneficios que se derivan del usos de los recursos fitogenéticos (artículo 9).

creciente pérdida global de biodiversidad, en el curso de las negociaciones y especialmente a iniciativa de los países en desarrollo se incorporaron temas que eran propios de una agenda mayor, mucho más ligada al *desarrollo* que a la conservación de la naturaleza.

Los temas de acceso, control y uso de recursos genéticos y de los componentes de la biodiversidad se filtraron al proceso del CDB y se reflejó en disposiciones muy específicas relacionadas con los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos genéticos, el equilibrio entre la posibilidad legal de acceder a dichos recursos con su uso sostenible y una distribución justa y equitativa de beneficios (especialmente con los países tradicionalmente ricos en biodiversidad), el respeto por los derechos intelectuales en relación a innovaciones en el campo biotecnológico y la necesidad de proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas asociados a esta biodiversidad.⁷

El CDB ha sido el principal catalizador de una serie de proyectos, investigaciones académicas, procesos políticos y normativos nacionales e internacionales, y reivindicaciones políticas respecto al conocimiento tradicional desde los mismos pueblos indígenas (ver punto 2). Pero a lo largo de los últimos veinte años se han multiplicado declaraciones y manifestaciones de congresos, reuniones y grupos indígenas representativos a nivel global, que reivindican sus derechos sobre los conocimientos tradicionales y sus aportes intelectuales al mundo.⁸

La más reciente victoria de los pueblos indígenas en la búsqueda del respeto a sus culturas, identidad y conocimientos ancestrales lo constituye la reciente adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (2007), que en realidad constituye hoy el más importante instrumento internacional que sintetiza y desarrolla a la vez, las expectativas y reivindicaciones de todos los pueblos indígenas del mundo, incluyendo los conocimientos tradicionales.⁹

7 El artículo 8(j) del CDB establece que, con arreglo y sujeción a la legislación nacional, las Partes Contratantes respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida ... y promoverán su aplicación más amplia con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos y fomentarán que los beneficios derivados de dicho uso se distribuyan y compartan de manera justa y equitativa. Aunque no hace una referencia explícita a una obligación de proteger estos conocimientos, innovaciones y prácticas, se desprende de este artículo que la *protección jurídica* es una manera de hacer efectiva su implementación.

8 Algunas de las declaraciones más notables incluyen: la Declaración de Principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (1984), la Declaración Kari Oca sobre Pueblos Indígenas (1992), la Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales e Intelectuales (1993), el Foro Global Indígena (1992), el Llamado de la Tierra (2003), el Foro Indígena de Biodiversidad (2004), entre muchas otras que se caracterizan por destacar la necesidad de respetar y proteger los conocimientos y esfuerzos intelectuales de los pueblos indígenas.

9 La Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 7 de septiembre del 2007. El art. 31 (1) de la Declaración señala que "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar,

II. EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB) : UN NUEVO IMPULSO A LOS DEBATES¹⁰.

Como ya se mencionó, el CDB constituye la piedra angular, ya totalmente incorporada en las agendas internacionales de la FAO, OMPI, la propia UNESCO y la misma OMC, en la promoción de la protección legal de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas. Aunque por momentos de manera poco coordinada, lo cierto es que el impulso al desarrollo de la discusión y las propuestas conceptuales sobre la protección del conocimiento tradicional se ha asentado en estas agendas (con mayor consolidación en unas que en otras).¹¹

Por otro lado, en el ámbito nacional, varios países han empezado a definir algunos derechos básicos de protección sobre el esfuerzo intelectual de los pueblos indígenas (en sus diversas manifestaciones), como parte de normas sobre biodiversidad, legislación sobre acceso a los recursos genéticos o incluso en normativa específica sobre la materia (ver punto 3 abajo).

El artículo 8(j) del CDB ha sido la clave en el impulso dado a este tema en los últimos años (ver texto relevante del artículo en nota 7). Aunque no exige la protección en sí de los conocimientos, innovaciones y prácticas, la mayoría de autores sostienen que esta es una exigencia que se deriva casi naturalmente de su texto. En definitiva, el artículo 8(j) ha inspirado los esfuerzos en la OMPI a través del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclor (IGC) y en muchos procesos legislativos nacionales. La protección puede servir para implementar aspectos relacionados con el consentimiento fundamentado previo (PIC, por sus siglas en inglés), la promoción y difusión de los conocimientos con la participación de los pueblos indígenas y, en última instancia, garantizar su continuo mantenimiento y evolución en el tiempo.

Tres elementos son especialmente relevantes en el contexto del citado artículo 8(j) del CDB. En primer lugar la sujeción a la legislación nacional, pues las Partes Contratantes son las principales responsables de materializar en la práctica la implementación del artículo. Igualmente son de competencia nacional el desarrollar mecanismos de protección. Sin embargo, ello no implica que las Partes Contratantes no puedan utilizar o invocar este artículo para “lanzar” —llegado el caso— la iniciativa de un régimen internacional de protección. Es más, ya el Grupo de Trabajo Ad Hoc de Composición Abierta sobre

proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.” El texto se encuentra en: www.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/draftdeclaration_sp.pdf

10 Ver: GLOWKA, Lyle, BURHENNE GUILMIN, Françoise y SYNGE, Hugh. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Publicado por el IUCN Environmental Law Centre a través de su Environmental Law and Policy Law Paper 30, IUCN, Gland-Cambridge, 1996.

11 Charles McMannis ha logrado compilar posiblemente el más comprehensivo y detallado grupo de ensayos en donde se analizan las implicancias y relaciones políticas, jurídicas, sociales y económicas alrededor de los temas de biodiversidad, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales. Ver: McMannis, Charles (Ed). 2007. *Biodiversity and the Law/Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Earthscan, London, Sterling, VA.

el Artículo 8(j) del CDB ha recomendado formalmente el desarrollo de un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales.

En segundo lugar, el CDB no define qué son los conocimientos, innovaciones y prácticas pero la interpretación comúnmente aceptada es que se trata de manifestaciones intelectuales de los pueblos indígenas relacionadas especialmente con la biodiversidad, su conservación y utilización. Extendiendo dicha interpretación, ésta podría incluir manifestaciones que incluso no están estrechamente ligadas con la biodiversidad como podrían ser productos artesanales, obras o representaciones tradicionales, tejidos, etc.¹²

En tercer lugar, ¿qué significa el PIC o consentimiento fundamentado previo? El CDB tampoco define este concepto pero en términos sencillos se trata de decisiones adoptadas por los pueblos indígenas, basadas en información previa y oportunamente suministrada, que les permita decidir de manera plenamente informada y con conocimiento de causa. Esto que aparece como muy teórico, resulta fundamental en el ámbito de los conocimientos tradicionales, pues el PIC es el procedimiento que legitima a terceros el acceso y uso de los conocimientos tradicionales. Hasta el momento, subsiste incertidumbre en relación a cómo organizar de manera armónica el PIC (o incluso si esto es deseable), especialmente en el plano internacional.

III. EL NUEVO CONTEXTO INTERNACIONAL: EL COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL DE LA OMPI Y OTROS ESFUERZOS INTERNACIONALES, REGIONALES Y NACIONALES¹³

En el año 1999, la OMPI decidió iniciar un proceso exploratorio en diversos lugares del mundo sobre necesidades, expectativas y posibilidades de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.¹⁴ Esto expresa un reconocimiento evidente de parte de la OMPI de una desatención histórica respecto de este tipo de esfuerzo intelectual y su eventual protección jurídica.

En el año 2001, la Asamblea General de la OMPI decidió constituir el IGC antes mencionado para iniciar un proceso de análisis y reflexión sobre la viabilidad y posibilidad política y jurídica de proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas

12 Para mayor claridad, se podría interpretar que los *conocimientos* son en esencia elementos intangibles susceptibles de protegerse en tanto no se materialicen pero ciertamente importantes en un contexto cultural; las *innovaciones* son justamente esa materialización en un objeto o invento determinado y las *prácticas* son técnicas y procedimientos que los pueblos indígenas usan para satisfacer necesidades de distinta índole. Ver. RUIZ, Manuel. *La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales en la Amazonía*. Corporación Andina de Fomento. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Parlamento Amazónico, Lima, 2002.

13 Para un análisis detallado y pormenorizado de estos procesos e instrumentos derivados de ellos se recomienda revisar: RUIZ, Manuel. *The Protection of Traditional Knowledge: Policy and Legal Advances in Latin America*. IUCN, SPDA, BMZ, Lima, 2006.

14 Esto se reflejó en: WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*. WIPO Report Fact Finding Mission on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 — 1999). Geneva, April, 2001.

de los pueblos indígenas, incluyendo las expresiones culturales en el campo del folclor. Desde entonces, se han multiplicado las propuestas y normas que incluyen disposiciones específicas de protección de los conocimientos tradicionales.¹⁵ Hay varios ejemplos que vale la pena registrar:

La Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana sobre Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y Mejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Genéticos (1998), incluye disposiciones para proteger la innovación de las comunidades locales africanas en relación a semillas y cultivos tradicionales.

La Ley 7788, Ley de Biodiversidad de Costa Rica (1998), también hace referencia a los “derechos intelectuales *sui generis*” de los pueblos indígenas y comunidades locales. En este caso, plantea una protección que no se ha desarrollado en términos de instrumentos y los derechos que específicamente se confieren, pero abunda en referencias a la importancia y el valor esencial de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas especialmente en su relación con la biodiversidad.

La Ley 21 de Panamá del año 2000, Ley Especial de Protección de la Propiedad Intelectual de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, es especialmente interesante pues se trata de la primera norma que explícita e íntegramente aborda la protección jurídica de los conocimientos indígenas, en su acepción más amplia. En términos generales, esta norma crea un registro constitutivo de derechos de alcance nacional que, a la fecha, ha incorporado especialmente expresiones culturales en el campo de la artesanía indígena de los Pueblos Kuna.

La Ley 27811, Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas relacionados con los recursos Biológicos del Perú (2002), marca también un hito importante en términos de legislación comparada sobre la materia. Se trata de una norma que ha recibido mucha atención de parte de la comunidad internacional y que empieza a ser implementada a partir de los esfuerzos de diferentes instituciones, incluyendo el INDECOPI como autoridad competente en materia de derechos intelectuales.^{16 17}

A partir de estos ejemplos, se ha generalizado una tendencia universal por reconocer que los esfuerzos intelectuales indígenas no encuentran en los instrumentos clásicos de la propiedad intelectual — al menos en sentido estricto — el amparo necesario para ser

15 Para acceder a los textos de estas normas se sugiere revisar: RUIZ, Manuel e LAPEÑA, Isabel. Editores. *Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Mayo, 2004.

16 Para conocer detalles de esta norma se recomienda revisar: Venero, Begoña. *Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual*. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. KRESALJA, Baldo, Director. Palestra, Lima, 2004.

17 INDECOPI se hizo acreedor al Premio de Buenas Prácticas Gubernamentales en el campo de Inclusión Social otorgado por la organización Ciudadanos al Día (2007) justamente por su trabajo con los pueblos indígenas tratando de implementar la Ley 27811 en el Perú. INDECOPI es una de las pocas oficinas de patentes y propiedad intelectual en el mundo que cuenta con una página web con un portal dedicado al tema de la protección de los conocimientos tradicionales.

protegidos y por ello la necesidad de diseñar mecanismos y formas *ad hoc* que respondan a las peculiaridades y particularidades del objeto a proteger y de los pueblos indígenas especialmente en los ámbitos nacionales. ¿Por qué “no sirven” los instrumentos clásicos de protección de la inventiva para los pueblos indígenas? Hay múltiples factores que incluyen costos, procesos administrativos, acceso a la justicia, idioma, concepciones jurídicas, necesidad de asistencia legal, individualismo marcado en la concepción de la propiedad intelectual frente a conocimientos de carácter colectivo propio del mundo indígena, entre otros.

En todo caso, hoy por hoy, se están buscando diferentes alternativas para superar estas limitaciones y dificultades.

IV. ¿CÓMO CONSTRUIR UN RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN? LOS TEMAS CRÍTICOS DE LA DISCUSIÓN.

¿*Quiénes son pueblos indígenas?* No hay una definición universalmente aceptada de “pueblos indígenas” pero sí algunos instrumentos internacionales que la intentan. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas ofrece algunos alcances y precisiones sobre lo que debe entenderse por pueblo indígena (ver nota a pie 1). No obstante, en la recientemente aprobada Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es claro que en el seno de la ONU no se ha querido establecer una definición de pueblo indígena, entre otras razones porque según el artículo 33 de la Declaración “*los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.*”

Aunque los pueblos indígenas comparten una serie de características comunes, lo cierto es que también mantienen diferencias considerables entre sí en cuanto a organización social y política, posibilidades de desarrollo económico (y social), formas de materializar sus esfuerzos intelectuales, formas de organización y representación política y disposición hacia la integración con el Estado-Nación.

Esta situación plantea un reto interesante en cuanto al proceso político a través del cual se desarrolla un régimen internacional de protección y las posibilidades de participar activa e informadamente en el mismo, definiendo posiciones e intereses comunes, más allá del reconocimiento unánime entre los pueblos indígenas que la protección de sus conocimientos tradicionales es de una imperiosa necesidad.

La realidad indígena. Para quienes han tenido la oportunidad de visitar, *in situ*, una comunidad nativa (Amazónica) o campesina (de la Sierra), no deja de sorprender la enorme riqueza natural y cultural que los rodea y, paradójicamente, la situación de pobreza y marginación en la cual se desenvuelven.

Los pueblos indígenas se encuentran en constante lucha, no solamente por subsistir sino para defenderse de cada vez más intensas presiones desde el mundo “moderno” (presiones exógenas). En ese sentido, es claro que las prioridades de los pueblos indíge-

nas pasan, principalmente, por la defensa de sus tierras y territorios y por enfrentar las tensiones con modelos de desarrollo con fuerte énfasis en el otorgamiento de derechos de propiedad privada y de concesión de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales promovidos por el Estado y que no son, necesariamente, las opciones que los mismos pueblos indígenas desearían.

En estas difíciles circunstancias, es necesario poner los conocimientos tradicionales en perspectiva. Es decir, entender que un esfuerzo de protección de sus conocimientos en el ámbito internacional no tiene ningún sentido si, cuando menos en paralelo, no hay compromisos explícitos y acciones concretas de los Estados por proteger sus tierras y territorios.

Capacidades. Ligado a lo anterior es claro que, especialmente en el ámbito local, de la comunidad, del grupo indígena como tal (comunidad tribal, local, indígena, campesina, nativa o como se le denomine), es difícil por el momento prever que cualesquiera que sean los incentivos desarrollados por un régimen internacional de protección para justamente crear un escudo legal para *proteger* los conocimientos tradicionales, haya una respuesta pro-activa desde estos ámbitos.

Si bien a nivel de organizaciones indígenas representativas nacionales e incluso internacionales¹⁸ existe una comprensión y disposición por participar activamente de las discusiones de un sistema de protección internacional de los conocimientos tradicionales, en los planos locales donde en última instancia los conocimientos se crean, desarrollan, evolucionan y mantienen, las capacidades para involucrarse activa e informadamente en esfuerzos de protección son muy limitadas.

La representatividad indígena. Como en cualquier organización social, la representatividad de los pueblos indígenas es muy importante en cuanto a su legitimidad y la efectiva representación de los intereses del núcleo básico de los pueblos indígenas. La relación entre mandante y mandatario es y ha sido parte del conflicto entre los distintos pueblos indígenas y sus respectivos Estados a los que pertenecen y se multiplica en esta circunstancia por el carácter internacional de un posible régimen de protección. Aunque no es el objetivo de este ensayo plantear un juicio de valor sobre la representatividad indígena en general, si es importante destacar la importancia de una representatividad transparente y que permanentemente interactúe con las comunidades de base a fin de articular posiciones legitimadas en el proceso de participación en el desarrollo del régimen internacional de protección.

Participación. Aunque resulte bastante obvio mencionarlo, la legitimidad de un régimen jurídico pasa por su capacidad de expresar los verdaderos y reales intereses de aquellos a quienes pretende beneficiar. En ese sentido, la única manera de garantizar esto es con una adecuada (y debidamente informada) participación de los representantes indígenas

18 Ejemplos de organizaciones representativas nacionales podrían ser: la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) o la Confederación Nacional Campesina (CNP). En el plano internacional, organizaciones como Indigenous Peoples Biodiversity Network (IPBN), o el Earth Charter, o el International Indigenous Biodiversity Forum, intentan representar parte de los intereses de los pueblos indígenas del mundo.

(ver punto anterior) en las etapas de consulta, desarrollo, diseño, negociación y decisión sobre un régimen internacional de protección. Aunque parezca mentira la participación de los pueblos indígenas en las deliberaciones políticas sobre su futuro es más compleja de lo que pudiera suponerse pues en la historia de las decisiones políticas nacionales y también en las negociaciones internacionales normalmente los Estados adoptan decisiones sin la debida consulta o interacción con las organizaciones de la sociedad civil. En el caso de las organizaciones indígenas representativas, la complejidad aumenta por la dificultad resultante de concepciones y visiones del mundo diferentes no necesariamente aligeradas por experiencias de comunicación entre dichas instituciones y el Estado que pudiéramos reconocer como exitosas, pues son las menos.

En muchos casos, la pugna histórica por participar en las decisiones de la vida nacional se extiende al ámbito internacional, aunque debe reconocerse que al menos en los últimos 20 años de deliberaciones en el ámbito de la comunidad internacional la situación ha cambiado de manera significativa por la existencia cada vez mayor de espacios y foros donde la posición y la voz indígena se viene expresando y manifestando. El movimiento a favor de los derechos humanos y la legislación internacional resultante y, actualmente, las ideas de los grupos ambientalistas vienen abonando a favor de una mayor participación de los pueblos indígenas en todas las cuestiones relacionadas con su identidad, desarrollo, derechos y reivindicaciones. No obstante, la tarea específica para el reconocimiento de sus derechos asociados a su creatividad e inventiva no será fácil donde, en nuestro concepto, la cuestión cultural tiene un peso mayor.

Titularidad. Un régimen de protección de los conocimientos tradicionales exigirá, de alguna manera, conceder derechos a una persona determinada, sea una persona jurídica o natural. En la propiedad intelectual clásica, los titulares son por lo general personas individuales o empresas o instituciones diversas incluyendo universidades, cooperativas, centros de investigación, asociaciones, etc. La titularidad de los derechos está claramente identificada y es un requisito para el goce de los mismos.

En el caso de los pueblos indígenas se presenta el complejo reto de definir a quién se asignarían los derechos (cualesquiera que estos sean). Las opciones tampoco son tan variadas y se limitan al reconocimiento de derechos a: de un lado, una organización representativa internacional, regional, nacional o local y/o, de otro lado, a personas individuales que son parte de un pueblo indígena. Lo importante es tener en cuenta dos cuestiones absolutamente críticas. Por un lado, el hecho que muchos pueblos indígenas comparten conocimientos similares en y entre países (y también entre regiones) y, en segundo lugar, las consecuencias relacionadas con el reconocimiento de estos derechos pues el registro a favor de unos podría significar la exclusión de otros de los beneficios que pretenda ofrecer el régimen de protección.

V. ELEMENTOS LEGALES BÁSICOS DE UN RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO INDÍGENA.-

Consideraciones políticas. Tal como ocurre con los derechos intelectuales clásicos, la protección internacional efectiva de la creatividad humana solamente es posible en tanto

existan reglas mínimas acordadas entre los Estados que garanticen reciprocidad, ciertas similitudes o compatibilidades entre las instituciones jurídicas (más allá de los regímenes de Derecho Común, Derecho Romano u otro sistema bajo el cual se desarrollan) y la posibilidad de contar con mecanismos de observancia, cumplimiento y, en última instancia, acceso a la justicia que sean efectivos.

Ciertamente, en el caso de las marcas, patentes, derechos de autor y demás elementos de la propiedad intelectual clásicos, las instituciones legales se han desarrollado a lo largo de mucho tiempo consolidándose a partir de complejos procesos políticos y de compromiso entre los países. Esto incluye a figuras mucho más modernas como la protección jurídica de las bases de datos no originales, las denominaciones de origen, la protección de programas de ordenador, los secretos empresariales o los diseños industriales, que se entienden como parte de un proceso de innovación y consolidación natural porque se desarrolla dentro de un marco jurídico conceptual que tiene muchos años de investigación y debate normalmente lento y difícil.

Es importante señalar esto, porque existe la tendencia a considerar que el desarrollo de un régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas puede darse de manera rápida y expeditiva, fruto de una incesante presión política de actores como los propios pueblos indígenas, las ONGs e incluso los Estados que presentan las nuevas iniciativas y ejercen cierto liderazgo en la materia. Pretender esto no es realista y es necesario entender que desde la etapa de diseño del régimen (asumiendo que la decisión de desarrollarlo fuera adoptada en algún marco institucional internacional) hasta su puesta en práctica, es posible que transcurra un tiempo para alcanzar su concreción. Ello no significa que no pueda adelantarse en un razonable corto plazo en las negociaciones para la adopción de acuerdos internacionales que incorporen los principios básicos relacionados con el reconocimiento y respeto de la creatividad e innovación de los pueblos indígenas.

¿Qué se quiere proteger? Conceptualmente, es difícil prever un régimen internacional que proteja *todas* las manifestaciones de los conocimientos tradicionales incluyendo:

- pinturas,
- textiles,
- diseños,
- técnicas de construcción, de hilado, de manufactura,
- datos y observaciones,
- recetas gastronómicas,
- productos curativos y sus procedimientos de aplicación,
- potajes y ungüentos,
- semillas y plantas y sus procedimientos de manejo y/o mejoramiento, y
- los propios conocimientos como elementos intangibles, entre los más evidentes.

Es posible imaginar la protección de varias de estas manifestaciones bajo un solo instrumento internacional, en tanto sean el resultado de la materialización de conocimientos de los pueblos indígenas. Si bien un textil determinado es distinto a una pintura y ésta aparece como diferente a un ungüento con propiedades curativas, lo cierto es que si su materialización en la realidad difiere, todos son producto de la aplicación de conocimientos tradicionales. No obstante, una manera de abordar el amplio universo de los objetos o manifestaciones a proteger es quizás clasificarlos en base a criterios como, por ejemplo, el reconocimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas relacionados con la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Al menos esta es la pretensión que subyace al tantas veces citado artículo 8(j) del CDB.

En ese sentido, al igual que en el sistema de patentes, tal vez no sea necesario definir el objeto de protección propiamente sino la manera en la cuál este se identifica y los criterios que pueden llevar a su protección. En el caso de las patentes, por ejemplo, no hay una definición de “invención” pero si ciertos criterios que deben cumplirse para su protección, a saber, que la invención sea nueva, tenga altura inventiva y aplicabilidad industrial.

El régimen internacional podría definir claramente los criterios de protección de los conocimientos de los pueblos indígenas para, a partir de ello, plantear el tipo de protección que pretende conceder - incluyendo lo que se pretenda reconocer en el derecho internacional.

¿Para qué se quiere proteger? Tan o más importante que el objeto de protección, es lograr consensos sobre por qué se quiere proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas. En realidad, se trata de tener algo de claridad sobre el significado del concepto de “protección”.

Esto que parece elemental, es absolutamente central pues la respuesta a esta interrogante determinará las características básicas de los mecanismos y herramientas jurídicas de protección que se pueden construir. Y en este punto, las respuestas pueden surgir de una combinación de opciones. La protección puede concebirse para:

- *compensar* al titular (o a los titulares) del conocimiento tradicional — cualquiera que esta compensación fuera, por su esfuerzo y contribución a la ciencia y la tecnología incluyendo la comprensión de la naturaleza;
- *mantener* viva la creatividad y el esfuerzo de los pueblos indígenas por innovar y producir nuevos conocimientos tradicionales en el tiempo — como instrumento de rescate y afirmación cultural;
- *excluir a terceros* no autorizados al uso no autorizado de estos conocimientos - y, por ende, garantizar niveles de control;
- *difundir* las innovaciones, prácticas y conocimientos de los pueblos indígenas para beneficio de la humanidad, aunque sujeto a diferentes restricciones, entre otras variantes posibles.
- *promover* la conservación y uso sostenible de la biodiversidad y la cultura así como potenciar las potenciales alianzas entre los poseedores del capital y la tec-

nología y los poseedores de conocimientos tradicionales asociados al entorno en el que viven, que en la práctica representan una herencia milenaria o una suerte de memoria actualizada de las relaciones entre el hombre y la naturaleza.

Dependiendo de la combinación de estos y otros objetivos probablemente no considerados, los mecanismos a desarrollarse deberán garantizar cierta eficiencia y eficacia. Por ejemplo, para el caso de compensación, un fondo internacional podría ofrecer una alternativa viable. En el caso del mantenimiento de conocimientos tradicionales, su identificación, descripción, sistematización y registro ofrecen una alternativa.¹⁹

Un objetivo *defensivo* - no mencionado en la breve relación descrita líneas arriba - se está ya implementado y aplicando en varios países. La idea es reducir e impedir que a través de los derechos de propiedad intelectual se produzca una apropiación indirecta de conocimientos tradicionales que se “incorporan” o subyacen a invenciones o innovaciones que logran reconocimiento y protección oficial y efectiva. Esta idea surgió en la región andina y en el proceso de elaboración de la Decisión 391 Sobre un Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos (1996). La idea es que la legislación sobre propiedad intelectual exija expresamente al solicitante de protección de un derecho intelectual, que demuestre que esa innovación no se ha servido ni ha utilizado conocimientos tradicionales. La legislación en Brasil, la propia CAN, Costa Rica, India, Nepal, Madagascar, Noruega y los países africanos a través de la Organización de la Unidad Africana varios otros países ya han incorporado esta exigencia.²⁰

El rol del Derecho Consuetudinario. En los últimos años, algunos autores han empezado a explorar el papel que puede jugar el Derecho Consuetudinario en la protección del conocimiento tradicional.²¹ Lo interesante es que más allá de la manera en que se manifiesta y las características propias de este Derecho Consuetudinario, en última instancia los pueblos indígenas han expresado en reiteradas oportunidades su deseo que sus conocimientos sean protegidos.

Incluso las instituciones propias del Derecho Consuetudinario se pueden traducir (al margen del contexto social, cultural y religioso en el que se dan) en exigencias de compen-

19 Los registros son un mecanismo que, de diferentes formas, ya se utilizan en diferentes países. En algunos casos el registro es constitutivo de derechos en algunos otros son solamente declarativos. En otros, operan como bases de datos y contribuyen (defensivamente) a los exámenes de novedad y altura inventiva en el caso de patentes de invención. Un documento que analiza con detalle estudios de caso de registros de conocimientos es: ALEXANDER, Merle; CHAMUNDESWARI, Kamu; KAMBU, Alphonse; RUIZ, Manuel y TOBIN, Brendan; *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge. A Comparative Analysis*. UNU-IAS Report, January 2004.

20 Hay abundante literatura sobre este tema. Se recomienda sin embargo revisar: CORREA, Carlos; *Alcances Jurídicos de las Exigencias de Divulgación de Origen en el Sistema de Patentes y Derechos de Obtentor*. Iniciativa de Prevención de la Biopiratería. Documento de Investigación. Año I, N.º 2, Agosto 2005, Lima, Perú. Disponible en: <http://www.biopirateria.org>

21 TOBIN, Brendan. *Customary Law as the Basis for Prior Informed Consent*. Paper presented at the International Experts Workshop on Genetic Resources and Benefit Sharing III. Cuernavaca, México, Octubre, 2004.

sación, mantenimiento y exclusión de terceros no autorizados debidamente (lo que exige como correlato un efectivo control de la autoridad respectiva).

Hay en ese sentido, una conexión bastante coherente entre posibles objetivos del régimen internacional y las eventuales pretensiones de los pueblos indígenas, al margen que éstas se expresen, como ya se indicó, en contextos y bajo códigos socio-culturales diferentes a los del derecho oficial del Estado respectivo. Es esta conexión la que debe buscarse a fin de compatibilizar o armonizar (sin una necesaria prevalencia de uno sobre otro) los deseos e intereses indígenas con las posibilidades reales y prácticas que ofrece el sistema de protección a definirse.

Las características del régimen internacional de protección. Como ya se esbozó en la parte inicial de este ensayo, al igual que lo que ocurre con otros convenios y tratados internacionales de propiedad intelectual,²² el régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales (¿por qué no llamarlo el Convenio Internacional — o Protocolo si se derivara del CDB — para la Protección de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas?) debería ofrecer cuando menos:

- un mecanismo de reconocimiento internacional (de los diferentes Estados contratantes) de los derechos conferidos (lo cual incluye elementos de procedimiento y otorgamiento);
- criterios mínimos para describir la materia/objeto a protegerse;
- mecanismos para impulsar el proceso de implementación y aplicación nacional de las obligaciones acordadas (conferencias de las partes, recomendaciones de algún órgano competente u orientador, u otro),
- compromisos específicos y explícitos de creación y fortalecimiento de capacidades a nivel de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y sus representados (comunidades, pueblos, etnias, grupos tribales, etc.);
- una garantía que los beneficios que se deriven de la explotación de la creatividad indígena (cualquiera que sea su manifestación), se compartirán de manera equitativa con los grupos o “titulares” de los derechos; y
- mecanismos para resolución de conflictos o disputas que puedan surgir — incluso entre los mismos pueblos indígenas.

VI. CONCLUSIONES

1. A nivel internacional existe hoy un marco político y jurídico que fundamenta el desarrollo de un régimen internacional de protección de los conocimientos

²² El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o el Tratado de Cooperación de Patentes o el Convenio de París para la Protección de la Propiedad industrial o el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), entre otros acuerdos internacionales, son parte y resultado de complejos y largos procesos de negociación que han buscado proteger la innovación y el esfuerzo intelectual en diferentes áreas (marcas, patentes, derechos de autor, derechos de obtentor, etc.).

tradicionales. Más importante aún, los pueblos indígenas reclaman desde hace varios años el inicio de un proceso en ese sentido. Aunque en el ámbito del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folclor de la OMPI ha habido avances y en el Grupo de Trabajo del Artículo 8(j) del CDB ha ocurrido lo mismo, lo cierto es que aún no hay un mandato político de *negociación* propiamente para la creación de un régimen internacional. La tendencia es, sin embargo, que esto cambie en los próximos meses/años.

2. Los convenios y tratados internacionales de propiedad intelectual ya existentes pueden ofrecer elementos de análisis interesantes y lecciones importantes, en relación a cómo operan los derechos intelectuales clásicos en el ámbito internacional y, especialmente, los factores que han conllevado a su efectiva aplicación y reconocimiento a lo largo del tiempo. La pregunta obvia es: ¿qué hace que estos acuerdos sean efectivos y qué se puede aprender de ellos con miras a desarrollar un tratado o convenio internacional de protección de conocimientos tradicionales? La respuesta también es obvia: se trata de convenios internacionales relacionados directamente con el ejercicio de derechos económicos hoy potenciados por las normas adoptadas en el seno de la Organización Mundial del Comercio relacionadas con las inversiones, el libre comercio, la protección de la propiedad intelectual y especialmente por acuerdos bilaterales de libre comercio. Consideramos que si la comunidad internacional está realmente comprometida con el principio del desarrollo sostenible (hoy consignado en varios tratados de aceptación global) debería evaluarse con buenos ojos las iniciativas que hoy comienzan a debatirse en distintos foros que tienen por objeto crear un régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales.
3. A lo largo de este ensayo se ha hecho referencia a las opciones para el desarrollo de un régimen internacional de protección de los conocimientos tradicionales (mediante un convenio, un tratado o un protocolo internacional). Este régimen podría incorporar instrumentos, herramientas y mecanismos derivados de instituciones de la propiedad intelectual clásica — adaptados a las particularidades que puedan distinguirse en relación a los conocimientos tradicionales y el/los derechos que pretendan ser protegidos y cautelados.
4. El régimen internacional debería establecer los estándares mínimos de protección, precisar los derechos que concede, definir a quién y cómo se los concede, delinear los elementos básicos de procedimiento y servir de “piso” mínimo respecto del cual las Partes Contratantes podrían, en su legislación nacional, desarrollar algunos detalles adicionales, especialmente de procedimiento.
5. El régimen internacional únicamente se legitimará si en su proceso de adopción participan activamente los representantes de los pueblos indígenas, tarea que evidentemente constituye todo un reto inédito en la definición de una norma internacional, lo que supone previamente que dichos representantes articulen de manera transparente los intereses de los pueblos indígenas con sus respectivos núcleos de base. Pese a lo difícil que puede plantearse un proceso de discusión y

eventual negociación de un régimen internacional, el funcionamiento apropiado de esta relación resulta fundamental para su éxito futuro. Por su parte los Estados pueden aprovechar esta oportunidad para saldar antiguas deudas con sus poblaciones indígenas, valorar su aporte al desarrollo de la ciencia, la tecnología, la economía y la cultura en general, establecer alianzas de cooperación mutua con miras a alcanzar ciertos objetivos comunes que tienen relación directa con el turismo, la conservación del ambiente, el respeto a los usos y costumbres tradicionales de los pueblos indígenas y, finalmente, la promoción de los valores asociados a la diversidad biológica y diversidad cultural que son esenciales en cualquier pretensión de hacer realidad el desarrollo sostenible de nuestros pueblos.